Das Recht der Minderung bei einem Tauschvertrage

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Edmund Płotkowiak
Bankvolontär

1912

Druck von G. Siwinna, Kattowitz

Gedruckt mit Genehmigung
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Fischer
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer

Herrn Oberlehrer

Karl Barthel

in dankbarer Zuneigung gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0174

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Teil: Geschichtliche Entwicklung

A. Römisches Recht 7
B. Das Gemeine Recht 11
C. Die Partikularrechte 13

II. Teil: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches

1. Wesen des Rechts der Minderung 15
2. Gegenstand des Minderungsanspruches 18
3. Inhalt und Höhe des Anspruchs 26
   a) bei Gegenleistungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben 26
   b) die vertretbare Sachen zum Gegenstande haben 38
4. Besonderheiten
   a) Tausch mit Geldzugabe 40
   b) Recht der Minderung als Einrede 40

I. Geschichtliche Entwicklung.[1]

A. Römisches Recht.

Nach § 515 BGB. sollen auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Eine entsprechende Anwendung wird häufig nur in der Weise vorgenommen werden können, daß die betreffende Norm der Natur des Tauschvertrages angepaßt wird. Bei der zu diesem Zweck notwendigen Umgestaltung darf man jedoch nicht so weit gehen, daß die in Betracht kommenden Normen dadurch ihr Wesen als Normen des Kaufs einbüßen sollten.

Ueber die Anwendung im Einzelnen hatte der erste Entwurf des BGB. § 502 die Bestimmung, daß von den Tauschparteien gegenseitig derjenige, welcher die Leistung gibt, gleich einem Verkäufer, und derjenige, welcher sie empfängt, gleich einem Käufer zu betrachten sei. Die Fortlassung einer solchen Bestimmung bei der endgültigen Fassung des BGB., welche von der Kommission nur aus dem Grunde der Selbstverständlichkeit beschlossen wurde, hat an der Giltigkeit dieses Satzes für das geltende Recht nichts geändert.

Diese Erwägung führt insbesondere zu der unbedenklichen Annahme, daß die Regeln der §§ 459 ff. BGB. auch bei Fehlerhaftigkeit der eingetauschten Sache Anwendung zu finden haben.

Das Recht gibt im § 462 dem Empfänger die Befugnis, auf Grund eines vorhandenen Fehlers eine Aenderung des Vertrages zu verlangen. Und zwar kann er wahlweise entweder Rückgängigmachung (Wandelung) oder Herabsetzung des Preises (Minderung) verlangen. Für uns kommt nur die zweite Befugnis in Frage.

[1]) Die Dissertation Wieners, die Gestaltung des Rechts der Minderung bei einem Tauschvertrage: Breslau 1911 ist erst nach Einreichung der vorliegenden Arbeit zu meiner Kenntnis gelangt, so daß ihre Berücksichtigung nur in den hauptsächlichsten Punkten möglich war.

Im Einzelnen haben Theorie und Praxis mit der Frage, wie sich das Recht der Minderung beim Tausch gestaltet, nicht nur unter der Herrschaft des BGB. beschäftigt. Einzelheiten dieser Frage sind vielmehr schon im römischen und gemeinen Recht erörtert worden, sodaß das Eingehen auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung dieser Frage zum besseren Verständnis der Stellungnahme des modernen Rechts, aber doch nur, soweit es sich um unsere spezielle Frage handelt, förderlich erscheint.

Trotzdem auch in Rom der Verkehr mit dem Tauschhandel begonnen haben wird, so war diese Periode des Tauschhandels zur Zeit der ältesten römischen Rechtsquellen bereits überwunden. Das römische Recht hat schon seit dem Entstehen der Legisaktionen den Tauschvertrag lediglich als klagloses pactum betrachtet und demgemäß demjenigen Kontrahenten, der seinerseits die ihm obliegende Leistung erbracht hatte, unter Ausschaltung weiterer Befugnisse nur eine condictio gewährt. Erst die rechtliche Anerkennung der sogenannten Innominatrealverträge führte zwischen den Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer zu der Erwägung der Frage, ob auch der Tauschvertrag hierzu zu rechnen sei.

Die Sabinianer hielten ihn für identisch mit dem Kauf, die Prokulianer dagegen für einen besonderen Vertrag, dessen Erfüllung mit einer actio in factum erzwungen werden konnte. Die Lehre der Prokulianer ist gegen Ende der klassischen Zeit herrschend geworden.[1])

Hieran knüpft sich für uns die Frage, ob die ädilitischen Rechtsmittel insbesondere die actio quanti minoris auf den Tauschvertrag Anwendung gefunden haben.

Die actio quanti minoris wurde zuerst im Iumentenedikt wegen nachträglich hervortretender ediktsmäßiger Mängel neben der actio redhibitoria dem Käufer gegeben. In dem Sklavenedikte kommt diese Klage ursprünglich noch nicht vor, wurde aber später auch auf Sklavenkäufe und dann ebenso wie die a. redh. auf andere Kaufverträge übertragen. Das Wesen dieser beiden Ansprüche ist, daß der Kläger bei ihnen nur das Bestehen eines Fehlers, nicht aber ein Interesse zu behaupten oder zu beweisen braucht. Ein anderes wesentliches Merkmal dieser Ansprüche ist die besonders kurze Frist, innerhalb der die Klagen

[1]) Es ist sehr wahrscheinlich, daß dies schon zur Zeit des Paulus eingetreten ist, während dieser nämlich noch in D 18, 1, 1, 1 von dem Bestehen des Streites berichtet, scheint er ihn an einer anderen Stelle D 19, 4, 1 pr. schon als erledigt anzusehen (so auch Girard, Gesch. u. Syst. des r. Rechts 588).

angestrengt werden durften; und zwar betrug sie für die actio qu. m. ein Jahr, für die a. redh. sechs Monate.

In Bezug auf die Anwendung der ädilizischen Rechtsmittel beim Tausch sagt Ulpian in D. 21. 1. 19 § 5: „Sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emtoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri." Weiter finden wir noch einen Ausspruch des Paulus D. 19.4, 2, wo dieser dasselbe für die wichtigsten Fehler beim Sklaventausch ausspricht. Man könnte jedoch noch immer einwenden, daß die actio qu. m. deshalb ausgeschlossen sei, weil beim Tausch ein Preis nicht bestehe, es könnte deshalb auch nicht auf Preisminderung geklagt werden.[1]) Wenn wir aber erwägen, daß die Preisminderung beim Kauf nichts anderes bezweckt, als den durch den Mangel entstehenden Minderwert der fehlerhaften Leistung zu beseitigen, so ist unbedenklich mit der herrschenden Meinung der gemeinrechtlichen Schriftsteller anzunehmen, daß die für den Kauf geltenden Vorschriften über die Minderung auch auf ertauschte Sachen anzuwenden seien, da einer solchen Ausgleichung auch beim Tausch nichts im Wege steht.[2]) Daß beim Tausch die Ausgleichung nur durch Zahlung geschehen kann, liegt an der in Betracht kommenden Leistung, ändert aber nichts an der Natur des Anspruchs. Außerdem ist das nichts Besonderes, denn auch beim Kauf führt die act. qu. m., wenn der Käufer bereits gezahlt hat, zur Herausgabe der Differenz (cf. l 25 § 10, l 26, l 27, l 29 § 2 D. 21, 1) also zur Zahlung.

Die actio qu. m. geht beim Kauf und ebenso beim Tausch unmittelbar auf Herauszahlung der Summe, um die sich der Wert der Sache durch den Fehler mindert. Ueber die Berechnung dieses Minderwert bestimmen die Quellen, daß der Verkäufer tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si sciisset ... (D. 21, 1, 61 cf. auch D. 19, 1, 13 pr.) Der Sinn dieses Satzes ist nicht ganz klar. Er gibt insbesondere keinen Anhalt, wie die zu zahlende Summe zu ermitteln sei. Es ist deshalb nicht zu verwundern, daß über die Art der Durchführung der Minderung schon beim Kauf in der gemeinrechtlichen Literatur drei Ansichten stritten.

Nach der ersten[3]) Theorie sollte der Verkäufer die Differenz zwischen dem Wert der fehlerhaften Sache und dem Kaufpreise ersetzen.

---

[1]) So Dernburg, Pandekten 2. § 103 n. 5 und Bernhöft, Kauf, Miete u. verw. Vertr. S. 30.

[2]) Bechmann, Der Kauf 2, 178. Windscheid-Kipp 2 § 398 N 3. Zaun, Kurhess. Ann. 4, 73 ff. Hoffmann, Arch. Prakt. R. w. 4, 180 f. Bähr, Dass. 7, 67 ff. Goldschmidt in s. Zeitschr. 19, 88 f. Römer, dass. 23, 18 ff.

[3]) Unterholzner, Lehre d. r. R. v. d. Schuldv. 1, 278. Brinz, Pand. 493.

Nach der zweiten Ansicht[1]) ist vom Kaufpreis die Differenz zwischen dem Wert der fehlerhaften und dem der fehlerlos gedachten Sache abzuziehen.

Nach der dritten Theorie ist um denjenigen Bruchteil des Preises zu mindern, um den die fehlerhafte Leistung den Wert der fehlerlos gedachten Leistung herabsetzt. Diese sog. relative (die beiden ersten heißen im Gegensatz dazu absolute) Theorie war im gem. Recht die herrschende.

Alle diese Möglichkeiten bestehen auch beim Tausch. Sie führen auch in dem Falle, daß die beiderseitigen Leistungen gleichwertig sind, zu demselben Ergebnis. Schwierigkeiten entstehen erst, wenn die Leistungen ungleichwertig sind. Um die Tauglichkeit obiger Methoden zu prüfen, ist allerdings auch dieser Fall in Betracht zu ziehen. Damit können wir jedoch nicht zugeben, daß dieser Gesichtspunkt für die Quellen allein maßgebend ist.

Wenn ferner von den Anhängern der dritten Theorie behauptet wird, daß die römischen Juristen an die Möglichkeit einer Divergenz zwischen Wert und Preis überhaupt nicht gedacht haben,[2]) so scheint diese unseres Erachtens nicht zutreffend, man denke nur an D. 4, 4. 16. 4, wo der Jurist sagt: „naturaliter licere contrahentibus se circumserbirere" und an D. 19, 2, 22, 3, wo dieser Gedanke sich wiederholt. Die römischen Juristen hätten also auch bei der Minderung diesen Gesichtspunkt nicht übersehen, wenn er ihnen überhaupt einigermaßen von Bedeutung erschienen wäre. Das scheint nicht der Fall gewesen zu sein. Gehen wir aber hiervon aus, so können wir unter keinen Umständen unter dem Ausdruck: quanti minoris emisset emptor", eine verhältnismäßige Minderung des Preises verstehen. Die betreffenden Wendungen sind schlechterdings nur dahin zu verstehen, daß die Römer den durch den Fehler verursachten Minderwert vom Preise abgezogen wissen wollten. Sie fanden es ganz in der Ordnung, daß, wenn schon einmal beim Abschluß des Vertrages ein Unterschied zwischen den beiden Leistungen bestand, dieser durch spätere Veränderungen nicht berührt wurde.

Die relative Theorie ist also aus diesem Grunde mit dem Wortlaut der Quellen in keiner Weise zu vereinigen. Der Wortlaut spricht nur

---

[1]) Kraushaar, Kurhess. Ann. 9, 73 ff. Sintenis, Pand. 2, 618.

[2]) Sie wurde vertreten von: Hellweg, Arch. Ziv. Prax. 59, 35 ff. Hanausek, Die Haftung d. Verk. 1, 128 ff. Bähr a. a. O. Windscheid-Kipp a. a. O., 2. § 394. Bechmann, Der Kauf 3 b, 163 ff.

[3]) Windscheid-Kipp, 2. § 393 N. 1. Hanausek a. a. O., 1. 128. Bechmann, a. a. O. 62.

für die zweite Theorie. Gegen die erste Theorie spricht die Erwägung, daß, wenn man dem Minderungsberechtigten die Differenz zwischen dem wahren Wert und dem Kaufpreis ersetzen würde, in dem Falle, wo der Käufer ungünstig kontrahiert hatte, würde er sich auch über den schon beim Kaufabschluß bestehenden Unterschied zwischen Preis und Wert erholen. Hätte er dagegen so günstig kontrahiert, daß die Sache trotz des Fehlers immer noch mehr wert ist als der Preis, so würde er nichts bekommen. Das ist ein Ergebnis, das man kaum billigen kann.

Bei unbefangener Quellenauslegung muß man deshalb die Geltung der zweiten Theorie annehmen.[1])

Die Möglichkeit, daß die oben angenommene zweite Theorie zu keinem befriedigenden Resultate führt, kommt für das römische Recht nicht in Betracht. Auch die Gegner müssen zugeben, daß die von ihnen zum Gegenbeweise angeführten Fälle äußerst selten vorkommen dürften. Bei diesen Ausnahmefällen konnte, wie Dewitz[2]) richtig hervorhebt, der Aedil um Unbilligkeiten vorzubeugen, die Klage verweigern. Schon der Zweck des Edikts, nämlich den Käufer vor Schaden zu bewahren, vor dem er sich selbst nicht schützen konnte, bürge dafür, daß ein unbilliges Resultat bei der praktischen Anwendung der Minderung nicht entstand.

B. Das Gemeine Recht.

Das ältere deutsche Recht hat den Begriff eines Tauschvertrages nicht gekannt.[3]) Auch eine allgemeine Haftung für Mängel einer veräußerten Sache war ihm fremd.[4]) In einigen Fällen, wo diese ausnahmsweise anerkannt war, gab es nur die Wandelung nicht die Minderung.[5])

Der Begriff des Tauschvertrages wurde ebenso wie die allgemeine Haftung für Fehler in Deutschland mit der Rezeption übernommen.

[1]) So auch Dewitz, Ueber die Berechnung der Minderung, Diss. Marburg 1890, auch Wiener, Die Gestaltung des Rechts der Minderung beim Tauschvertrage S. 14 gibt die Möglichkeit unserer Auffassung zu, trotzdem er sich scheut, die Geltung derselben anzuerkennen.

[2]) a. a. O. S. 30.

[3]) Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutsch. Privatrechts, 3, 318.

[4]) Stobbe-Lehmann a. a. O. § 231, 7.

[5]) Förster-Eccius, Preuß. Privatr. I. 494. A. A. für das hanseatische Recht Conze, Kauf nach hanseatischen Rechten 108 f. Aber die von ihm angeführten Beispiele bringen, was er selbst zugibt, keinen sicheren Beweis

Im gemeinen Recht trat gegenüber dem r. R. insoweit eine große Aenderung des Tauschvertrages ein, als die allgemeine Giltigkeit der formlosen Verträge auch auf den Tausch ausgedehnt wurde. Der Tausch wurde mit anderen Worten aus einem Realvertrage ein Konsensualvertrag. Im übrigen wurde, was die Haftung wegen Mängel der hingegebenen Sache betrifft, nichts geändert. Alle für den Kauf geltenden Vorschriften wurden auch auf ihn angewandt. Wir begegnen insbesondere in Bezug auf die Berechnung den drei oben erwähnten Theorien. Und zwar wurden die absoluten Theorien von der herrschenden Ansicht abgelehnt, indem sich insbesondere auch die Praxis der sog. relativen Theorie anschloß.[1])

Der Veräußerer einer fehlerhaften Sache hatte hiernach dem Empfänger die Differenz zwischen dem Werte der Gegenleistung und dem verminderten Werte derselben zu zahlen, der sich ergibt, wenn man den wahren Wert in dem Verhältnis herabsetzt, in welchem der Wert der fehlerlos gedachten anderen Leistung zu ihrem wirklichen Wert mit dem Fehler zur Zeit des Abschlusses des Vertrages gestanden hat. War z. B. ein Pferd gegen einen Ochsen getauscht und hatte letzterer einen Fehler, der seinen Wert um ein Drittel minderte, so erhalten wir nach der relativen Theorie (wenn das Pferd 50 und der Ochse im fehlerlosen Zustande 30 wert war) die Gleichung

$$30 : 20 = 50 : x$$

x (der gesuchte Minderwert) beträgt dann $33^1/_3$. Die Differenz zwischen diesem und dem tatsächlichen Wert der Gegenleistung muß dem Empfänger der Leistung von dem Anderen vergütet werden (also hier $50 - 33^1/_3 = 16^2/_3$).

Eine Schwierigkeit bei der Berechnung des Minderungsanspruches ergab sich in dem Falle, daß beide Leistungen fehlerhaft waren. Man war dann geneigt, eine doppelte Minderung nach der relativen Theorie vorzunehmen und die Minderungsansprüche zu kompensieren. Diese Berechnung führt aber zu einem nicht befriedigenden Resultate. Deshalb schlägt Bähr[2]) die Konstruktion eines Mittels vor, wobei er zu dem Schluß kommt, daß nur das geometrische Mittel immer ein richtiges Ergebnis liefert. Wir glauben jedoch, Bähr in seiner Ansicht nicht folgen zu können. Abgesehen von der schwierigen Handhabung der von Bähr

[1]) cf. zu den S. 7 erwähnten: RGHG. 15, 328 Nr. 93; RG. in Gruchots-Beitr. 24, 881 f.

[2]) a. a. O. S. 67 ff.

vorgeschlagenen Berechnungsmethode, die sie für die Praxis völlig unbrauchbar macht, ist nicht einleuchtend, worin die Berechtigung dieser Methode liegt. Der Umstand allein aber, daß die Methode in den erdenklich komplizierteften Fällen noch zu einem positiven Resultat führt, kann sie nicht rechtfertigen. Viel billiger könnten wir in diesen Fällen das freie richterliche Ermessen walten lassen. Der Grundgedanke, von dem Bähr ausgeht, ist an sich nicht einwandsfrei, umsoweniger kann er eine Begründung für diese Konstruktion abgeben. Wenn wir Bähr nämlich auch zugeben wollten, daß die Parteien beim Abschluß des Vertrages ihre Leistungen als gleichwertig betrachten, was beim Tausch nicht immer der Fall zu sein braucht, so kann man daraus keinesfalls schließen, daß man einen idealen Vertragswert suchen müsse. Diese Theorie wird einerseits in keiner Weise den Intentionen der Parteien gerecht, andererseits kümmert sie sich ganz und gar nicht um die Quellen, deren Ausführung sie dienen will.[1]) Wir können uns deshalb der Ansicht Bährs nicht anschließen, zumal wir, wie unten gezeigt werden soll, auf einem einfacheren Wege diese Schwierigkeiten vom Standpunkt der relativen Methode lösen zu können glauben.

C. Die Partikularrechte.

Wie schon oben erwähnt, kannte das ältere deutsche Recht den Begriff der Minderung nicht. Dieser wurde vielmehr aus dem gemeinen Recht von den Partikularrechten übernommen und weiter ausgebildet.

Das preußische Allgemeine Landrecht enthält in I, 5 §§ 313—348 allgemeine Vorschriften über die Gewährleistung, die auf alle lästigen Verträge anzuwenden sind. Handelt es sich um Sachmängel, so kann der Empfänger, wenn den Geber kein Verschulden trifft, bei vorbedungenen Eigenschaften nach § 325 cit. zunächst verlangen, daß das fehlende nachgeliefert werde. Wird aber diesem Verlangen nicht genügt, so kann er Minderung oder Wandelung verlangen. Mit der Minderung verlangt der Kläger soviel Vergütung, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger wert ist (§ 328 cit).

Daran knüpft sich für uns die Frage, wie diese Vergütung zu berechnen ist. Der zitierte § 328 gibt darüber keinen Aufschluß. Das ALR. enthält jedoch noch für die einzelnen Verträge besondere Bestimmungen. Den Tausch behandeln insbesondere die §§ 363 ff. I, 11.

[1]) Im Ergebnis auch ablehnend, Wiener a. a. O. S. 22 u. 23.

Nach § 363 besteht der Tausch in einer Vereinbarung, nach welcher die Hingabe einer Sache von jeder Seite als unmittelbare Gegenleistung stattfinden soll. Ueber die Stellung der Parteien beim Tauschvertrage bestimmt § 364 cit, daß jeder in Ansehung der Sache, die er leistet, als Verkäufer und in Ansehung der Sache, die er empfängt, als Käufer anzusehen sei. Wir werden damit auf den Kauf verwiesen und finden dort in Bezug auf die Minderung in dem § 206 I, 11 die Bestimmung, daß dem Käufer eine dem Mangel entsprechende Vergütung zu zahlen sei. Die Höhe dieser Vergütung soll durch Sachverständige bestimmt werden. Dadurch erhalten wir aber ebensowenig wie nach § 326 I, 5 einen Maßstab für die Berechnung.[1]) Wir werden damit in dieselbe Lage versetzt, wie bei den Aussprüchen der römischen Juristen, trotzdem äußerlich die Römer das Hauptgewicht auf den Preis, das ALR. dagegen auf die Sache legt. Bei der Anwendung der Vorschriften des ALR. entstanden denn auch dieselben Streitfragen, wie im gem. Recht.

Die absolute Berechnung (oben 1. Theorie), wonach die Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften Sachen und dem Preise zu vergüten ist, vertrat unter anderen das Königliche Obertribunal.[2])

Die zweite (absolute) Methode hatte weniger Anhänger. Der größere Teil der Schriftsteller und Reichsgericht entschieden sich auch hier für die relative Berechnung.[3])

Die übrigen Partikularrechte folgen im Allgemeinen dem römischen (gemeinen) Recht.

Der Code Civil bestimmt, daß für den Tausch die für den Kauf geltenden Vorschriften anzuwenden seien. Art. 1077. Dasselbe Prinzip stellen auch das sächsische LGB. § 1138 und das schweizerische Obligationenrecht § 273 auf. Die Minderung wird ebenso wie im römischen Recht als Anspruch auf den Minderwert festgesetzt, ohne daß diese Gesetze gegenüber dem oben erwähnten etwas Besonderes bringen. Zu bemerken wäre noch, daß das österreichische BGB. wie das deutsche Recht eine Minderung überhaupt nicht kennt.

---

[1]) Förster-Eccius a. a. O. 504.

[2]) Striethorsts Arch. 37, 129; 32, 38. RO. Trib. 51, 115; 69, 51. Ferner Förster in der I. Auflage seines Systems d. preuß. Privatr. I, 480.

[3]) Förster-Eccius a. a. O. Dernburg, Preuß. Privatr. 2. § 144 N. 27. RGHG. 15 S. 328. Gruchots Beitr. 44, 888.

II. Das Recht des B.-G.-B.

1. Wesen der Minderung.

Das BGB. gibt dem Empfänger einer mangelhaften Sache einen Anspruch auf Herabsetzung des Preises.[1]) Die Rechtsfolgen treten also nicht schon mit der einseitigen Erklärung der Berechtigten ein. Es bedarf dazu noch der Mitwirkung des anderen Teils. Die Anspruchsnatur ist von der II. Kommission trotz eines entgegengesetzten Antrags ausdrücklich beibehalten.[2]) Ausschlaggebend war dafür außer der geschichtlichen Erwägung[3]) der Gedanke, daß die einseitige Erledigung dieses Rechts seiner Eigenart widerstrebt,[4]) zumal in den meisten Fällen die Höhe der Minderung strittig sein dürfte. Die Gestaltung des Rechts als eines Anspruchs hatte außerdem den Zweck, auf diesen die Verjährungsfristen anwendbar zu machen.[5])

Der Anspruch auf Minderung entspringt jedoch nicht dem zu Grunde liegenden Vertrage. Auch durch die Leistung einer fehlerhaften Sache hat der Verpflichtete seiner Verpflichtung genügt.[6]) Der Anspruch entspringt aus einer gesetzlichen oder vertraglichen Garantiepflicht. Voraussetzung dafür, daß ein Anspruch auf Minderung (oder Wandelung) wegen eines Fehlers der Sache entsteht, ist im Gegensatz zur Minderung wegen einer zugesicherten Eigenschaft, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt, oder nicht unerheblich mindert

[1]) § 462.
[2]) Prot. I. 676.
[3]) D. 21, 1, 1; ALR. I. 5. §§ 325, 321. Cod. Civ. Art. 1644; Sächs. BGB.
[4]) Crome, System d. LR. II. 449.
[5]) Mot. 2. 238 ff. Prot. I. 676, 708, 800. cf. auch § 477. BGB.
[6]) Enneccerus BR. 2, 203. Leonhardt, Die Beweislast 392.

§ 459 Abs. 1. Der Fehler muß also zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein. Ob der Fehler schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden war, oder erst später entstand, ist gleichgiltig.[1]) War er umgekehrt zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden und fällt er später fort, so kann ein Minderungsanspruch nicht erhoben werden. Daraus ergibt sich auch, daß ein Minderungsanspruch in der Regel nicht vor Uebergang der Gefahr entstehen und das Recht auf Minderung nicht geltend gemacht werden kann.

Mit der Minderungsklage fordert der Kläger nicht den Betrag, der zur Beseitigung des Fehlers notwendig wäre, sondern nur den durch den Fehler hervorgerufenen Minderwert der Leistung. Es ist unter diesen Umständen denkbar, daß eine Nachbesserung wenig Kosten verursacht, während der Wert ganz bedeutend leiden kann.

Unter Wert der Sache ist der Verkaufswert zu verstehen, der nicht immer eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache nach sich ziehen braucht. Ist im Vertrage ein bestimmter Gebrauch vorausgesetzt und kommt der Sache mit Rücksicht darauf ein besonderer Wert zu, so kann nur dieser in Frage kommen. Sonst ist der gewöhnliche Gebrauch zu berücksichtigen, auch wenn etwa der Empfänger einseitig einen anderen beabsichtigte.

Handelt es sich um Minderung wegen vertraglich zugesicherter Eigenschaften, so fällt allerdings das Erfordernis der Erheblichkeit des Fehlers fort. Als Zeitpunkt, in dem der Fehler vorhanden sein muß, ist auch hier, wie bei den nicht vertraglich zugesicherten Eigenschaften der des Uebergangs der Gefahr maßgebend.

Trotz aller dieser Voraussetzungen entsteht der Anspruch auf Minderung nicht, wenn der Empfänger den Mangel beim Abschluß des Vertrages kannte § 460, S. 1. War die Abwesenheit des Fehlers nicht versprochen, oder vom Gegner arglistig verschwiegen, so tritt dieselbe Wirkung bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Empfängers ein.

Der einmal entstandene Minderungsanspruch erlischt, wenn der Berechtigte auf ihn verzichtet, oder wenn er die mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt § 464.

Durch die Minderung verlangt der Berechtigte n i c h t Aufhebung des ganzen Vertrages, deshalb bleibt seine Verpflichtung bestehen und er muß insbesondere beim Tausch die ihm obliegende Gegenleistung,

[1]) RG. 53, 70; 55, 201. Oertmann, Komm. zum BGB. § 459 Bem. 3. Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB. III. 73/81. Leonhardt, a. a. O. 393. A. A. Planck, Komm. zu BGB. § 462. Werner, Recht 02, 339. Crome BGB. II, 470.

soweit sie nicht in Geld oder vertretbaren Sachen besteht, unverkürzt leisten.

Der Minderungsberechtigte kann sein Recht so oft geltend machen, als Fehler, die vom Veräußerer zu vertreten sind, sich zeigen.

Um den Minderungsanspruch anzustrengen, genügt der Nachweis, daß ein vom Gesetz erwähnter Fehler der Leistung anhaftet. Einen Schaden braucht der Empfänger dadurch nicht erlitten zu haben. Daraus ergibt sich auch, daß der Anspruch auf Minderung unter keinen Umständen als ein Schadensersatzanspruch aufzufassen und zu berechnen ist.[1])

Ebensowenig ist zur Begründung des Minderungsanspruches das Vorliegen eines Interesses der Berechtigten notwendig. Dagegen kann ein solches Interesse bei der Berechnung der Höhe des Minderungsanspruches eventuell von Bedeutung sein.

Der Minderungsanspruch ist ferner nicht dadurch bedingt, daß die Beseitigung des Mangels noch möglich ist.[2]) Diese Bedingung stellt, wie wir gesehen haben, das preußische ALR. Das BGB. hat eine solche Bestimmung nicht aufgenommen, nachdem sie schon die Praxis für unbequem erkannt hatte.

Der Berechtigte kann den Minderungsanspruch auch dann geltend machen, wenn er über die betreffende Sache verfügt hat.[3]) Es kann dann oft geschehen, daß er die Sache trotz des Fehlers so vorteilhaft weiter verkauft, daß er überhaupt keinen Schaden erleidet. Der Vorteil verbleibt ihm, und sein Recht auf Minderung wird dadurch in keiner Weise berührt.

Das Minderungsrecht[4]) unterliegt einer besonderen Verjährung. Die Verjährungsfrist ist ebenso wie im gemeinen Rechte und den Partikularrechten eine sehr kurze. Das BGB. unterscheidet jedoch nicht wie das gemeine Recht zwischen besonderen Verjährungsfristen der Wandelung und der Minderung, sondern bestimmt für die beiden Rechtssprüche gleiche Verjährungsfristen, die aber je nach der in Betracht kommenden Sache verschieden bemessen sind. Bei beweglichen Sachen verjähren diese Rechte, sofern der Veräußerer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Uebergabe an. (§ 477.)

[1]) So auch Kober in Staudingers Komm. zum BGB. § 472 I b. RG. in JW. 09, 191, 7. Warneyer Erg. 09, 81.

[2]) So auch Kober-Staudinger § 462 III d u. Planck § 462.

[3]) Kober-Staudinger § 465, 2, 7. RG. 17, 68; 25, 30; 43, 47; 66, 115; Staub zu § 379, HGB. Anm. 19.

[4]) Das Gesetz nennt das Recht der Minderung einen Anspruch, trotzdem die Definition des Anspruchs des § 194 auf den „Minderungsanspruch" kaum passen dürfte. Wir können jedoch des Näheren auf diese Frage nicht eingehen, weil wir uns dadurch zu weit von unserer Aufgabe entfernen würden.

Besonders wäre zu bemerken, daß die Minderung beim Viehtausch gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 481 ff. ausgeschlossen ist. Diese Ausdehnung der für den Kauf der privilegierten Tiere geltenden Vorschriften auf den Tausch erscheint zweifellos sehr unpraktisch. Aber die Vorschrift des § 515 wonach a l l e für den Kauf geltenden Normen auf den Tausch anzuwenden sind, läßt, da besondere Rechtsgründe nicht vorliegen, eine Ausnahme nicht zu.

2. Gegenstand des Minderungsanspruches.

Ueber das unmittelbare Ziel des Minderungsanspruches ebenso wie des Wandelungsanspruch beim Kaufvertrage herrscht in der heutigen Literatur großer Streit, und zwar sowohl hinsichtlich der Vollziehung wie hinsichtlich des Inhalts dieser Ansprüche. Da die Ansprüche beim Tausch ihrer Natur nach dieselben sind wie beim Kauf, so müssen wir auch an dieser Stelle auf die Streitfrage eingehen.

In der Hauptsache stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der ersten (Vertragstheorie) ist der Anspruch in seinem Grunde ein Anspruch auf Abschluß einen den Kaufvertrag wieder aufhebenden Vertrages. Aus diesem Vertrage entstehen dann die weiteren Ansprüche.

Nach der anderen Ansicht (Restitutions- oder Herstellungstheorie) hat der Berechtigte nicht einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages, sondern unmittelbar auf Befreiung von der Verbindlichkeit oder Rückzahlung des Geleisteten.

Die erste Ansicht vertrat vor allem die Mehrheit der zweiten Kommission, welche ihrer Ansicht in dem § 465 Ausdruck geben wollte.[1]) Ihr folgte auch OLG. Marienwerder in der in 4, 35 abgedruckten Entscheidung. Eine Begründung läßt die Entscheidung leider vermissen. Das OLG. folgert einfach aus dem § 465, daß die Wandelung ein Vertrag sei, was, wie wir sehen werden, aus dem Wortlau diteses Paragraphs durchaus nicht mit Notwendigkeit gefolgert zu werden braucht. Es ist zwar richtig, daß der Käufer nicht durch einseitige Erklärung den Kaufvertrag hinfällig machen könne. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß er seine Rechte nur durch den Abschluß eines Vertrages verwirklichen kann.

Eine ähnliche Auffassung vertrat das OLG. Braunschweig in der im Recht 05, 164 abgedruckten Entscheidung. Nach seiner Ansicht

[1]) Prot. 1, 709 f.

erscheint es nicht unstatthaft, durch Urteil besonders auszusprechen, daß der Verkäufer in die Wandelung zu willigen habe. Und ebenso wenig sei es zu beanstanden, wenn mit dem auf Vertragsabschluß gerichteten Anspruche der auf Herstellung des der Wandelung entsprechenden Zustandes verbunden werde. Eine Begründung dieser Ansicht gibt das OLG. nicht.

Gegen die Vertragstheorie erheben sich jedoch Bedenken. Führt man sie folgerichtig durch, so kommt man zu dem unbefriedigenden Resultat, daß der Berechtigte, wenn der Gegner nicht freiwillig zum Minderungsvertrage zustimmt, ihn auf die Genehmigung verklagen muß. Durch das rechtskräftige Urteil wird dann nach 894 ZPO. die fehlende Willenserklärung ersetzt. Der Berechtigte könnte dann erst in einem neuen Prozesse auf Zahlung der Minderungssumme klagen. Diese Konsequenz entspricht den allgemein geltenden Regeln. Die Anhänger der Vertragstheorie fühlen auch selbst, daß eine solche Konsequenz sehr unpraktisch ist und suchen ihr auszuweichen. Alle lassen deshalb eine Verbindung der Klage auf Zustimmung mit der Leistungsklage zu. Einige[1]) erblicken sogar in einer schlichten Klage auf Herstellung zugleich die Klage auf Vertragsabschluß.

Die Klagenkumulation wird von den einzelnen verschieden begründet. Nach der Ansicht der Protokolle[2]) ist dieselbe von vornherein als selbstverständlich anzusehen. Aehnlich äußern sich auch Planck[3]) und Oertmann.[4]) Ihnen erwidert treffend Jecius[5]): „Der Ausdruck selbstverständlich bezeichnet ja oft nur ein wünschenswertes Ergebnis, dessen Begründung nicht oder nicht leicht zu geben ist.“ Die Anhänger der Protokolle verzichten denn auch zum Teil, sich auf eine Begründung ihrer Ansicht einzulassen. Die von Einzelnen unternommenen Begründungsversuche sind nicht einwandsfrei. Kohler[6]) will die Zulässigkeit aus allgemeinen Prinzipien des Prozeßrechts entnehmen: „Das Gericht kann im Urteil nicht nur aussprechen, der Beklagte sei schuldig, eine Willenserklärung abzugeben, sondern auch er sei nach abgegebener Willenserklärung verpflichtet, den hierdurch begründeten Rechtsverhältnissen zu genügen.“ Diese und die sonst von ihm

[1]) Planck, § 465 II a 3. Endemann, Lehrb. I, 995. Goldmann-Lilienthal, BGB. I, 499.

[2]) Staub § 379 HGB. Anm. 19.

I, 680.

[3]) § 462, 3a.

[4]) § 462, 3a.

[5]) Gruchots Beitr. 43, S. 318.

[6]) Arch. Ziv. Prax. 80, 288.

vorgebrachten Gründe finden aber in dem geltenden Recht keine Stütze, das grundsätzlich nur für einen schon entstandenen Anspruch ein Recht auf richterliche Zuerkennung gibt.

Eine ähnliche Ansicht verteidigt Kipp.[1]) Seine Beweisführung stützt sich auf drei Einzelbestimmungen des römischen Rechts. Wenn aber auch diese Beispiele für das römische Recht vollen Beweis erbringen sollten (worüber sich noch sehr streiten ließe), so können wir daraus noch keinen Schluß in der allgemeinen Form für unsere Rechtsordnung entnehmen.

Flechtheim[2]) betrachtet den Eintritt der Wandelung (durch Vertrag) als eine condicio iuris für den Rückleistungsanspruch und es liege, da diese erfüllt sei, mit der Rechtskraft des Urteils der Anspruch auf Rückleistung nicht *hinter*, sondern *in* der Rechtskraft des Urteils. Erst dem rechtskräftigen Urteil käme die Bedeutung eines „maßgebenden, arbiträren" Ausspruchs zu. Erst in diesem Moment werde der Richter judizierend gedacht, darum könne er auch in einem Akte verurteilen, damit Rechtswirkungen schaffen und auf Grund dieser Rechtswirkungen weiter verurteilen. Darauf, daß das erste Urteil zur Zeit der Verkündung des zweiten noch nicht rechtskräftig war, komme es nicht an. Denn alles, was dem rechtskräftigen Urteil vorausgehe, wie die Beratung, der Entwurf, das verkündete Urteil seien Vorbereitungsakte, aber noch kein Richterspruch. Die zweite Verurteilung erfolge, um mit der ersten rechtskräftig zu werden. Für die Richtigkeit dieser Ansicht beruft sich Flechtheim auf die Vorschriften über die Kostentragung. Auch dort werde gleichzeitig zur Hauptsache und zur Kostenfrage entschieden, obwohl die Verpflichtung zur Kostentragung erst mit der Rechtskraft des Urteils zur Entstehung komme. Dieser Beweisführung kann nicht zugestimmt werden. Der Zeitpunkt, den der Richter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat, ist nicht der der Rechtskraft, sondern der des Schlusses der mündlichen Verhandlung auf die das Urteil ergeht.[3]) Ueber die Frage, welcher Zustand für das Urteil maßgebend sei, herrschte früher Streit, jedoch nur insoweit, ob der Anspruch schon zur Zeit der Klageerhebung vorhanden sein müsse, oder es genüge, daß er erst am Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung bestehe. Darin ist man aber einig gewesen, daß ein Klageanspruch nicht zuerkannt werden könne, dessen Entstehung erst nach Verkündung des

[1]) Windscheid-Kipp 2, 657.
[2]) Gruchots Beitr. 44, 65 f.
[3]) So auch Haymann, Gruchots Beitr. 46, S. 520.

Urteils liegt.[1]) Flechtheim vergißt ferner, daß das verkündete aber noch nicht rechtskräftig gewordene Urteil abgesehen von der Möglichkeit einer Vollstreckung als definitive Erledigung der Sache für die Instanz, sowohl für den als für die Partei die eindringlichsten Wirkungen äußert. Gegen die Ansicht, daß der Richter in dem Moment der Rechtskraft als judizierend zu denken ist, spricht auch die Erwägung, daß der Richter keine Gewähr dafür haben könne, daß das erste Urteil auf Zustimmung zum Vertrage überhaupt rechtskräftig werden würde. Die Analogie des Kostenfestsetzungsverfahrens ist auch abzuweisen. Einmal ist seine Natur besonderer Art, weil die Pflicht zur Kostentragung erst durch den Prozeß selbst entsteht. Ferner ist auch sie nicht aus allgemeinen Rechtssätzen sondern aus der besonderen Vorschrift des § 91 ZPO. zu entnehmen.[2])

Aehnliche Bedenken sprechen auch gegen den von Kloß,[3]) Hellwig[4]) und Dernburg[5]) unternommenen Versuch, die Klage auf Rückleistung durch § 259 ZPO. zu begründen. Es ist zwar zulässig, bedingte oder befristete Ansprüche vorher zum Gegenstande eines Rechtsstreits zu machen, aber auch dieser Zulassung hat ausdrückliche Anerkennung im § 259 ZPO. bedurft. Hier liegt die Sache insofern wesentlich anders, als das Vertragsverhältnis, das als Klagegrund geltend gemacht wird, erst entstehen soll.[6]) Die Mangelhaftigkeit kann aber unmöglich sowohl für den Vertragsabschluß als auch für die Verurteilung zur Rückleistung den Grund geben. Dies ersieht man mit Deutlichkeit aus dem von Haymann a. a. O. gegebenen Beispiele, daß aus einem pactum de mutuo dando nicht auf Rückzahlung des Darlehens geklagt werden könne. Wir sehen also, daß eine Verbindung der beiden Klagen nach geltendem Recht als unzulässig zu betrachten ist.

Auch die Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit lehren, wie Haymann[7]) treffend ausführt, die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie. Wenn die Voraussetzungen des § 708 ZPO. vorliegen, so müssen alle Urteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Daraus folgt, daß unsere ZPO. die Verkündung von solchen Urteilen nicht zuläßt, deren Richtigkeit von dem zukünftigen Ereignisse der Rechtskraft der

---

[1]) cf. Langheineken, Anspruch u. Einrede 217. Biermann, Arch.—Ziv.—Prax 95, 233.
[2]) Haymann a. a. O.
[3]) Sächs. Arch. 9, 299.
[4]) Anspruch und Klagerecht 383 N. 5.
[5]) Lehrb. des BR. § 185 N. 12
[6]) Haymann a. a. O. 511.
[7]) a. a. O. 522.

gleichzeitig verkündeten Entscheidung abhängt. Auch der Fall, daß das Urteil mit der Verkündung rechtskräftig wird, ändert daran nichts. Denn bis zu derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann die Tatsache des Bestehens des Wandelungsvertrages nicht vorgebracht, und der Richter kann deshalb diese Tatsache gemäß § 278 ZPO. seinem Urteil nicht zu Grunde legen.

Auch die Anwendung der Normen über den Vertragsschluß, insbesondere der über die Verbindlichkeit der Offerte (§ 146 BGB.) führt bei der Wandelung und Minderung zu nichtbefriedigenden Resultaten. Diese werden jedoch ohne Begründung von den Anhängern der Vertragstheorie zurückgewiesen, indem man die betreffenden Normen als unanwendbar bezeichnet.[1])

Unvereinbar mit der Vertragstheorie sind ferner einige positive Bestimmungen des Gesetzes. Nach § 478 hat der Käufer gegen die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises eine Einrede auch dann, wenn der Minderungsanspruch verjährt ist, sofern er nur vor Ablauf der Verjährungsfrist den Mangel angezeigt oder eine der Mängelanzeige gleichkommende Handlung vorgenommen hat.

Durch diese Einrede wird der Käufer ebenso gestellt, wie wenn die Wandelung oder Minderung vollzogen wäre. Es ist ferner selbstverständlich, daß der Berechtigte auch vor Verjährung seines Anspruchs die Einrede vorbringen kann. Man kann wohl schlechterdings nicht bestreiten, daß er mit der Einrede zugleich das Recht geltend macht. Für uns folgt jedenfalls das eine, daß das Gesetz entgegen der Vertragstheorie einen Fall kennt, in dem der Berechtigte außer durch Vertragsabschluß sein Recht verwirklichen kann.

Gegen die Vertragstheorie spricht ferner der § 480 BGB. Bei Gattungssachen soll der Käufer neben Wandelung oder Minderung Nachlieferung mangelfreier Sachen verlangen dürfen. Und auf diesen Anspruch sollen auch die Vorschriften über die Wandelung angewendet werden, also auch § 465. Nach der Vertragstheorie stehen dann Satz 1 zu Satz 2 des § 480 in unlöslichem Widerspruch. Nach dem 1. Satz soll der Käufer einen Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Sachen haben. Nach dem 2. Satz hat der Käufer bei Anwendung des § 465 im Sinne der Vertragstheorie überhaupt keinen Anspruch auf Nachlieferung, sondern nur darauf, daß der Verkäufer seine Einwilligung in einen Vertrag gebe, durch den er sich verpflichtet, mangelfrei Sachen nachzuliefern. Wenn man auch unter Rückgängigmachung des Kaufs

[1]) cf. Planck, § 465 und Dernburg a. a. O., § 185.

Beseitigung des Kaufvertrags durch einen Vertrag verstehen will, so ist das allenfalls annehmbar. Unmöglich kann man aber unter „Anspruch auf Nachlieferung" einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages verstehen.[1])

Nach der Vertragstheorie ist eine Aufrechnung der Forderung erst nach Vollziehung des Minderungsvertrages möglich. Diesen Standpunkt teilt das BGB. nicht. Nach § 634 kann der Besteller eines Werkes, wenn dieses Fehler aufweist, auch Wandelung oder Minderung verlangen. Auf diese Rechte sollen die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Trotz des § 465 bestimmt der § 639, daß auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche, nämlich neben anderen auch auf Wandelung und Minderung der § 479 angewendet werden soll. Nach entsprechender Anwendung dieses Paragraphs ergibt sich, daß der fragliche Anspruch auch nach Vollendung der Verjährung aufrechenbar ist. Um so mehr kann er vor Ablauf der Verjährung zur Aufrechnung benützt werden. Das gilt zwar nur für den Werkvertrag. Das Gesetz erkennt aber damit an, daß der Anspruch auf Wandelung oder Minderung, der doch beim Werkvertrag seiner Natur nach derselbe sein muß wie beim Kauf oder Tausch, grundsätzlich zur Aufrechnung geeignet ist.[2]) Ist aber der Anspruch kompensabel, so kann er unmöglich auf Abschluß eines Vertrages, sondern nur auf Rückzahlung des Geleisteten gehen.

Nach der anderen Ansicht ist der Anspruch auf Minderung oder Wandelung, soweit er auf Rückzahlung geht, wie jeder andere Anspruch zur Aufrechnung geeignet. Nach Vollendung der Verjährung jedoch nicht mehr unbeschränkt, sondern, wie Langheinecken a. a. O. 181 treffend ausgeführt hat, nur dann, wenn die Einrede gemäß § 478 noch gegeben ist. Damit entfällt auch der von Flechtheim[3]) gemachte Vorwurf, daß der Anspruch auf Wandelung nach der Verjährung nicht als aufrechenbar anerkannt werden könne.

Nach der Vertragstheorie besteht ein gesetzlicher Kontrahierungszwang. Das ist jedoch nicht das Seltsamste. Vollends unverständlich ist es nämlich, warum das Gesetz auf so umständliche Weise das erstrebte Ziel erreicht. Statt direkt wie das römische, gemeine und preußische Recht dem Berechtigten einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung zu geben, soll er nur mit Hilfe eines Vertrages zu seinem Rechte

[1]) Haymann a. a. O. 540. Kober-Staudinger, § 462, 4.
[2]) Haymann a. a. O. 546.
[3]) a. a. O. 73.

gelangen können. Der Wortlaut des § 465, auf den sich die Vertragstheorie stützt, zwingt aber keineswegs zu dieser Ansicht.

Die Worte: „Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt" bedeuten bei unbefangener Betrachtung, daß die Wandelung oder Minderung durch einen Vertrag geschehen kann. Aber keineswegs wird dadurch ausgesprochen, daß der Vertrag der einzige Weg sei, auf dem der Käufer sein Recht durchsetzen könne. Ebensowenig wird dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer unmittelbar auf Wandelung oder Minderung klagt. Der § 465 will hier nur bestimmen, daß der Käufer zwischen Wandelung und Minderung solange wählen und von seiner etwaigen Wahl wieder abgehen kann, bis der Verkäufer zugestimmt hat. Damit sei erst die Wandelung oder Minderung vollzogen, und eine Bindung nach der einen oder anderen Richtung eingetreten.[1])

Also auch dieser § 465 gibt für die Vertragstheorie keine hinreichende Stütze. Eine solche würde er nur dann geben können, wenn er etwa folgendermaßen lauten würde: „Die Wandelung oder Minderung *wird* dadurch vollzogen, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt".[2])

Aus allen diesen Gründen werden wir zur Ablehnung der Vertragstheorie geführt.[3])

Das Reichsgericht hatte sich auch in einer Reihe von Entscheidungen mit der vorliegenden Frage beschäftigt.

In der Entscheidung vom 16. September 1904 (58, 423) handelte es sich um die Frage, ob zur Erhebung der Wandelungsklage ein Antrag auf Rückzahlung genüge; da aber wie oben erwähnt, auch die Vertreter der Vertragstheorie einen solchen Antrag als ausreichend ansahen, lag für das RG. kein zwingender Anlaß, sich für eine der Ansichten zu entscheiden.

Die Entscheidung im 59. Bande 97 beschäftigt sich mit der Feststellung, wenn die Wandelung als vollzogen zu gelten habe. Wir haben schon oben gesehen, daß hier der § 465 platzgreift. Eine endgiltige Bindung

---

[1]) So auch Haymann a.a.O. 544. Kuhlenbeck zu § 465. Kober-Staudinger 462 g.

[2]) Dies betonen auch Eccius a. a. O. 324; Langheineken a. a. O. 221; Biermann a. a. O. 326.

[3]) Für diese Theorie haben sich erklärt: Planck und Dertmann zu § 462 u. § 465. Dernburg, BR. II., § 186 N. 11. Endemann, Lehrbuch I, 988. Cosack, Lehrb. I., 525. Schollmeyer, Einzelne Schuldv. 16. Windscheid-Kipp, II, 703 f. Emerich, Kauf u. Werkl. 73. Flechtheim, a. a. O. 44, 66 f. Kloß, a. a. O. 9, 373. Schroder, Erfüllungspflicht u. Gewährl. 25 f. Heuer, Recht 02, 97. Dertmann, daselbst 04, Hellwig. Anspruch u. Klagrecht.

tritt erst mit der Zustimmung des Gegners ein. Insoweit berührt die Entscheidung unsere Frage gar nicht. Wenn aber das RG. sagt, daß der Käufer erst durch den Vollzug der Wandelung ein endgiltiges Recht auf diese erlange, so liegt darin eher eine ungenaue Wendung als die Billigung der Vertragstheorie. Das RG. will offenbar damit nur feststellen, daß der Berechtigte vor dem Vollzug durch Verschulden der im § 351 bezeichneten Art sein Recht verlieren könne. Auch diese Entscheidung will demnach zu der Streitfrage keine Stellung nehmen. Das bestätigt auch das RG. selbst in der im 66. B. 73 ff. abgedruckten Entscheidung. Diese Entscheidung führt dann weiter aus, daß man „ohne vorhergehenden Antrag auf Verurteilung zur Einwilligung sofort und unmittelbar" auf Rückzahlung resp. Preisminderung klagen könnte. In einem solchen Begehren liege ferner, wie die Entscheidung ausdrücklich betont, nicht der Antrag auf Abschluß eines Preisminderungsvertrages. Eine ausdrückliche Annahme der Herstellungstheorie liegt darin vielleicht noch nicht. Zum mindesten nähert sich aber dieser Ausspruch des RG. der Herstellungstheorie.

Man wird nun allerdings auch als Verfechter der Vertragstheorie nicht verkennen dürfen, daß die in der letzterwähnten Entscheidung vertretene Ansicht eine Begründung nicht gefunden hat. Immerhin ist es von Interesse und von Wichtigkeit, die Stellungnahme unseres obersten Gerichtshofes im Sinne der Herstellungstheorie festzustellen.

Die Herstellungstheorie findet aber ihre beste Stütze im Gesetze selbst. Zum Ausgangspunkt für die Bestimmung des Gegenstandes des fraglichen Rechts ist nicht, wie es die Anhänger der Gegenansicht fälschlicher Weise tun, der § 465, sondern der § 462 zu nehmen.[1]) Wie wir oben gesehen haben, enthält § 465 überhaupt nichts über den Gegenstand des Anspruchs. Nach der bekannten Technik des BGB. enthält dagegen der § 462 die Definition der Wandelung und Minderung, was man an den in Klammern beigefügten Worten „Wandelung" und „Minderung" erkennt. Vom § 462 ausgehend, kommen wir ganz ungezwungen zu dem Ergebnis, daß der Empfänger unmittelbar einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, beim Tausch auf Ausgleichung des durch den Fehler entstandenen Minderwerts der Leistung hat. Die von der zweiten Kommission vertretene Ansicht ist also weder hier noch im § 465 oder sonst wo zum Ausdruck gekommen. Man kann sogar behaupten, daß ohne die Kenntnis der Protokolle der zweiten

[1]) So auch RG. 66, 74.

Kommission überhaupt niemand darauf verfallen wäre, die Vertragstheorie aufzustellen. Die Herstellungstheorie[1]) weist gegen die oben erwähnten Unzuträglichkeiten verschiedene Vorteile auf.

Der Anspruch kann ohne weiteres (wenigstens beim Tausch) zur Aufrechnung benutzt werden. Und bei der Wandelung kann der Empfänger den Gegner durch Rückgewähr der geleisteten Sache in Verzug setzen.

3. Inhalt und Höhe des Anspruchs.

Die Gestaltung des Minderungsanspruchs selbst müssen wir nach den §§ 472, 473 bestimmen. Nach § 472 ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache im mangelfreien Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen.

§ 473 bestimmt: Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise: ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

Von besonderer Wichtigkeit für den Tausch ist der § 473 Satz 1. Beim Tausch ergibt sich durch dessen Anwendung, daß die Gegenleistung in Geld zu veranschlagen ist. Für diese Summe ist der Minderwert nach § 742 zu berechnen. Zunächst soll der in Geld festgesetzte Teil der Leistung herabgesetzt werden. Reicht dieser nicht aus, so hat der Veräußerer dem Berechtigten den übrigbleibenden Betrag zu vergüten. Der Fall, der besonders beim Tausch häufig vorkommen wird, daß überhaupt kein Teil der Leistung in Geld besteht, wird in § 473 nicht erwähnt, weil er mit dem dort behandelten Kauf unvereinbar ist.

[1]) Sie wird vertreten von: Eccius a. a. O. 316. Lobe, Sächs. Arch. 9, 104. Enneccerus, Lehrb. II. § 333. Kuhlenbeck BR. 317. Axhausen, JW. 00, 771. Staub zu § 377 HGB. Matthias-Hachenburg, HGB. III, 137. Haymann, a. a. O. 509 f. Thiele, Arch. Ziv. Prax. 93, 387. Gaupp-Stein ZPO. § 260. Kober-Staudinger, § 462, 4. Langheinecken, a. a. O. 215 f. Müller, Bl. RAW. 69, 45. Biermann, Arch. Ziv. Prax. 95, 315. Fischer-Henle, § 465. Mensing, Diss. Brom 00. Steinitz, Diss. Breslau 01

Gehen wir aber auf uns vom § 473 gewiesenen Wege einen Schritt weiter, so müssen wir den § 473 auch auf diesen Fall anwenden. Bei reinem Tausch erscheint demgemäß der Minderungsanspruch als ein Anspruch auf Vergütung der Differenz zwischen dem eigentlichen Wert der Leistung und dem berechneten Minderwert[1]).

Der § 473 trifft jedoch keine allgemeine Bestimmung. Er spricht nur von Leistungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben. Hierbei kann es zweifelhaft sein, ob man das Wort „nicht" zu haben oder zu „vertretbar" ziehen soll. Die letztere Zusammenstellung entspricht wohl kaum dem Sinn des Gesetzes. Es verwendet einmal nur den Ausdruck „vertretbare Sache" als terminus technicus (§ 91) niemals dagegen den Ausdruck „nicht vertretbare Sache." Ferner würde bei dieser Auffassung eine Lücke im Gesetz entstehen. Wenn es nämlich hieße: sind Leistungen bedungen, die zum Gegenstande haben nicht vertretbare Sachen, würden diejenigen Leistungen, die überhaupt nicht Sachen zum Gegenstande haben, auch ausscheiden müssen, ohne daß sich aus dem Gesetz irgend ein Anhalt gewinnen ließe, ob und wie bei diesen Leistungen zu mindern sei. Der § 473 ist also zu lesen: „Sind neben dem in Geld festgesetzten Preise Leistungen bedungen, die nicht zum Gegenstande haben vertretbare Sachen . . ."[2])

Vertretbar im Sinne des BGB. sind bewegliche körperliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91).

Die weitere Erörterung hat infolgedessen auch zwischen vertretbaren Sachen als Gegenleistung und anderen Leistungen zu scheiden. Wir wollen uns zunächst mit den unter den § 473 fallenden (anderen) Leistungen beschäftigen.

Besteht also die Gegenleistung nicht ausschließlich aus vertretbaren Sachen, so ist sie insoweit oder überhaupt in Geld zu veranschlagen. Als Zeitpunkt auf den sich die Schätzung beziehen soll, ist die Zeit des Vertragsabschlusses anzusehen (§ 473 S. 1). Die Zeit des Vertragsabschlusses ist nur für die Schätzung maßgebend. Welche Fehler zur Minderung berechtigen, darüber entscheidet einzig und allein, wie wir oben ausgeführt haben, die Zeit des Uebergangs der Gefahr (§ 459). Der Grund, weshalb für die Schätzung ein anderer Zeitpunkt als maßgebend angenommen wurde, liegt m. E. in der Erwägung, daß für

[1]) Im Ergebnis ebenso Wiener Diss. S. 33.

[2]) cf. Prot. I, 696. Oertmann, § 473. Kisch, Wirkungen der nachträgl. eintretenden Unmöglichkeit, 176. Kober-Staudinger, § 473, II.

eine Vergleichung der Werte der beiden Leistungen, die zur Ermittelung der Minderungsvergütung als notwendig erachtet wurde, derjenige Zeitpunkt angenommen werden müsse, in dem die Leistungen zuerst in ein Verhältnis zu einander getreten waren. Dieser Zeitpunkt ist der des Abschlusses des Vertrages.

Die Schätzung geschieht nach freiem richterlichen Ermessen, gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigen. Der Schätzende kann jedoch nicht willkürlich verfahren; er wird sich bemühen müssen, begründete Gesichtspunkte zu finden, nach denen er verfahren muß. Welche Momente im einzelnen den Schätzenden zu leiten haben, kann oft zweifelhaft sein. Die Parteien können zunächst beim Abschluß des Tauschvertrages einen Annahmepreis festsetzen. Dieser Annahmepreis ist aber für den Richter in keiner Weise bindend. Es ist jedesmal, wie das RG. in der im 73. Bd. S. 152 abgedruckten Entscheidung sagt, der objektive Wert zu ermitteln. Diese Ansicht bekämpft Wiener[1]), indem er von dem Grundsatz ausgeht, daß das BGB. grundsätzlich dem Parteiwillen Rechnung trägt und daß insbesondere dieser Grundsatz auch in den §§ 472/473 zum Ausdruck gelangt sei, nach welchem bei einem Kaufe der Kaufpreis gemindert werde, in dem doch zum Ausdruck komme, wie die Parteien die Gegenleistung übereinstimmend eingeschätzt haben.

Diese Ansicht wäre richtig, wenn das Geld nur die eine Funktion als Wertmesser hätte. Da aber dem Gelde auch ein W e r t inne wohnt, macht es tatsächlich einen großen Unterschied, ob die Leistung in Geld besteht oder die Gegenleistung zu einem Annahmepreis hingegeben wurde. Wenn die Parteien beim Kaufe den Preis festsetzen, denken sie mehr an den Wert des Geldes als an eine Einschätzung. Vor allem aber steht die Ansicht Wieners mit einer konsequenten Anwendung des § 473 in Widerspruch.

Bei einem Kaufe muß, was auch Wiener zugibt, auch wenn die unvertretbare Leistung die Hälfte des bedungenen Preises ausmacht, trotz eines Annahmepreises gemäß dem klaren Wortlaut des § 473 mit ihrem wirklichen Werte bei der Berechnung der Minderung berücksichtigt werden. Bei einem Tausche, bei dem dasselbe Verhältnis zwischen der Geldzugabe und dem unvertretbaren Teil der Leistung besteht, kann man nicht anders verfahren. Das wäre willkürlich und höchst inkonsequent. Der einzige Grund, den Wiener für seine Ansicht anführt, ist der, daß die unvertretbare Sache beim Kauf nur Nebenleistung

[1]) a. a. O. S. 39.

sei und gegenüber dem Geldpreise an Bedeutung zurücktrete. Diese Begründung dürfte für das von uns oben gewählte Beispiel und ebenso in vielen anderen Fällen nicht zutreffen.

Bei unserer Entscheidung leitet uns folgende Erwägung. Es wird häufig bei gemischten Verträgen vom Zufall abhängen, ob der betreffende Vertrag Kauf oder Tausch benannt wird. Durch die verschiedene Bezeichnung allein kann keine verschiedene Behandlung des Vertrages gewollt sein, da ja das Gesetz keinen Unterschied macht, indem es bestimmt, daß auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechend anzuwenden seien. U. E. läßt sich schlechterdings kein Grund dafür finden, daß dieselbe Rechtsnorm auf denselben Tatbestand allein deshalb verschieden angewandt werden, weil der Vertrag nicht Kauf sondern Tausch genannt wurde. Also nicht der Annahmepreis sondern der objektive Wert der Sache ist für die Berechnung der Minderung maßgebend.

Ist nun der Wert der Leistung im mangelfrei gedachten und den im mangelhaften Zustand und der Wert der Gegenleistung durch Schätzung ermittelt, so berechnen wir die verminderte Gegenleistung aus der Gleichung, die nach der relativen Methode (§ 472) aufzustellen ist. Der Wert der Gegenleistung ist also in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der fehlerlos gedachten Sache zum Werte der fehlerhaften Sache steht.

Ein Beispiel möge die anzuwendende Berechnungsart erläutern. Sei der Wert der fehlerhaften Sache **mw**, ihr Wert im fehlerlos gedachten Zustande **w**, und der der Gegenleistung **g**, so erhalten wir die Gleichung:

$$w : mw = g : x$$
$$x = mw \cdot g : w$$

Der Veräußerer hat dann die Differenz zwischen diesem verminderten Wert der Gegenleistung (x) und ihrem tatsächlichen Wert (g) dem Empfänger der fehlerhaften Sache zu vergüten. Also $g - (mw \cdot g : w)$.

Diese Zahlung kann für den Schuldner oft unangenehm sein. Kisch[1]) erinnert zwar richtig daran, daß der Schuldner sich vielleicht nie zu Zahlungen verpflichtet hätte. Diese Erwägung kann aber gegen die Annahme einer solchen Zahlungsverpflichtung des Veräußerers nicht sprechen. Darin liegt ja gerade das Wesen des Gewährleistungsanspruches. Die Kisch'schen Darlegungen, die wohl für andere Fälle,

[1]) a. a. O. 178.

insbesondere für den von ihm behandelten Fall teilweiser Unmöglichkeit einer Leistung zutreffend sein mögen, kommen gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes für den Tausch hier nicht in Frage. Eine Berücksichtigung der obwaltenden Absichten und Interessen der Parteien würde unter Umständen zu einer Versagung des Minderungsanspruchs führen, den das Gesetz gerade neben der Wandelung auch entgegen dem Willen des hierdurch beschwerten gegeben hat, soweit ein Gewährleistungsanspruch in dem vom Gesetz allgemein bestimmten Umfange überhaupt gegeben ist. Eine Versagung des Minderungsanspruchs hat aber zur Voraussetzung, daß die Parteien von dem ihnen unbenommen gebliebenen Rechte, die Minderung auszuschließen, durch eine entsprechende Vereinbarung Gebrauch gemacht haben. Solange jedoch die Parteien eine Ausschließung der Minderung nicht vereinbart haben, muß der Minderungsanspruch mit Rücksicht auf die wirtschaftliche, in erster Linie auf Ausgleich des durch den Mangel entstandenen Minderwerts der Leistung, gerichtete Natur der Gewährleistungspflicht in jedem Falle dem Berechtigten zustehen.

Eine besonders interessante Sachlage tritt ein, wenn eine von mehreren zum Tausch gegebenen Sachen Mängel aufweist. Für diesen Fall ordnet der § 472 Abs. 2, der allerdings in erster Linie für den Kauf berechnet ist, an, daß bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen ist. Diese Bestimmung kommt gemäß § 515, wie alle für den Kauf geltenden Normen, auch für den Tausch entsprechend zur Anwendung. Der Absatz 2 des § 472 spricht von mehreren Sachen, die für einen Gesamtpreis hingegeben werden. An Stelle des Gesamtpreises tritt aber beim Tausch die einheitliche Gegenleistung. Es wird also in all den Fällen, in denen die Gegenleistung aus mehreren Sachen sich zusammensetzt, zuerst zu entscheiden sein, ob eine solche Leistung als einheitlich zu betrachten sei. Trifft dies zu, so ist bei der Berechnung der Minderung jedesmal der Gesamtpreis aller Sachen zu Grunde zu legen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Minderung so zu behandeln, wie wenn verschiedene Tauschverträge vorgelegen hätten. Es tauscht z. B. A. seinen Hühnerhund und seine Jagdbüchse gegen einen Windspiel und eine schön verzierte Steinschloßflinte des B. Wenn sich nun die Jagdbüchse fehlerhaft erweist, so ist wohl bei der Minderung nicht jedesmal der Wert des Hundes und der Büchse, sondern der Wert der Jagdbüchse und des Steinschloßgewehres in die Gleichung einzustellen. Denn in diesem Falle erscheint trotz des einen Vertrages der Hühner-

hund gegen den Windhund und die Jagdbüchse gegen die Steinschloß-flinte vertauscht worden zu sein.

Eine andere Schwierigkeit entsteht bei der Berechnung, wenn beide Leistungen fehlerhaft sind. Wir müssen jedoch hier unterscheiden, ob beide Teile oder nur einer die Minderung verlangt.

Verlangen beide Teile die Minderung, so ist eine dreifache Möglichkeit vorhanden.

I. Einmal könnte man die Minderung zweimal vornehmen und dabei in die für jede Partei aufzustellende Gleichung die Gegenleistung als vollwertig aufnehmen. Die beiden Resultate müßten dann gegeneinander verrechnet werden. Nur derjenige erhält eine Vergütung, der bei doppelter Geldleistung den höheren Betrag erhalten hätte. Wenn also der Wert der fehlerhaften Gegenleistung (g) mit **mg** bezeichnet wird, so erhalten wir:

$$\text{I., } x = (mw \cdot g) : w \text{ (wie oben)}$$

Der Veräußerer der Sache mw müßte, wie wir gesehen haben **g — (mw . g : w)** zuzahlen.

Wir erhalten II.:

$$x = (mg \cdot w) : g.$$

Der Veräußerer von mg hätte noch $w - (mg \cdot w : g)$ zu zahlen. Endlich wäre die kleinere Zahl von der größeren zu subtrahieren. Den Ueberschuß erhält der Gläubiger der größeren Summe.

II. Ein zweiter Weg wäre, bei der doppelten Berechnung in die Gleichungen nicht den Wert der fehlerlos gedachten Gegenleistung, sondern jedesmal den wirklichen Wert der fehlerhaften Gegenleistung in die Gleichung einzusetzen. Wir erhalten dann:

$$\frac{w}{mw} = \frac{mg}{x}$$

$$x = \frac{mw \cdot mg}{w}$$

Der Empfänger der Leistung mw hätte von dem anderen noch $mg - \frac{mg \cdot mw}{w}$ zu fordern. Entsprechend hätte der andere Teil $mw - \frac{mw \cdot mg}{g}$ zu bekommen. Beide Ansprüche sind schließlich wie bei I. zu verrechnen.

III. Schließlich könnten wir ohne Rücksicht auf das Verlangen der einen Partei die geminderte Gegenleistung für diejenige Partei berechnen, deren Leistung verhältnismäßig mehr entwertet ist, die doch billigerweise schließlich allein zuzuzahlen hat. Ist diese Leistung berechnet, so muß sie den fehlenden Betrag (nämlich die Differenz zwischen dem Werte, der von ihr geleisteten Sache und dem berechneten Werte) dem andern vergüten.

Wir erhalten hiernach:

$$w : mw = g : x^{1})$$

$$x = \frac{mw \cdot g}{w}$$

Der Schuldner der Leistung g (der nur m g leistet) hätte dann x — m g dem anderen zu zahlen.

Um eine Uebersicht über die Resultate in Praxi zu erlangen, wollen wir in obige Beispiele benannte Zahlen setzen:

Wir nehmen

w zu 50 M
mw „ 40 „
g „ 45 „
mg „ 35 „ an, so erhalten wir bei der I. Methode

1.) $g - \frac{mw \cdot g}{w}$

$45 - \frac{40 \cdot 45}{50} = 45 - 36$

$= 9$

2.) $w - \frac{mg \cdot w}{g}$

$50 - \frac{35 \cdot 50}{45} = 50 - 38^{8}/_{9}$

$= 11^{1}/_{9}$

Resultat:

Der Empfänger der Leistung m g erhält $11^{1}/_{9} - 9 = 2^{1}/_{9}$ oder 2,11 M.

[1]) Vorausgesetzt, daß g mehr entwertet ist.

II. Bei der zweiten Methode haben wir

$$1.)\ mw - \frac{mw \cdot mg}{g}$$

$$40 - \frac{40 \cdot 35}{45} = 40 - 31^1/_9$$

$$= 8^8/_9$$

$$2.)\ mg - \frac{mw \cdot mg}{w}$$

$$35 - \frac{40 \cdot 35}{50} = 35 - 28$$

$$= 7$$

der Empfänger der Leistung mg erhält $8^8/_9 - 7 = 1^8/_9$ oder 1,88 M.

III. Nach der dritten Methode erhalten wir:

$$x = \frac{mw \cdot g}{w} = \frac{40 \cdot 45}{50} =$$

$$36$$

Die Leistung muß also 36 betragen. Da sie aber nur 35 beträgt, so muß derjenige, der sie leistet, dem anderen noch 1 M zuzahlen.

Der Empfänger der Leistung mg erhält also nach Methode

I. . . . . 2,11 M
II. . . . . 1,88 M
III. . . . . 1,— M.

Um entscheiden zu können, welche Methode den Erfordernissen des Gesetzes entspricht, müssen wir dem Gedanken nachgehen, den das Gesetz bei der Berechnung der Minderung zu Grunde gelegt hat. Der in Betracht kommende § 472 sagt, der Preis sei in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Fehler den Wert der Sache, den sie ohne ihn hätte, mindert. Bei der Ausführung dieser Kürzung des Preises sehen wir, wenn wir den Wert der Sache im fehlerlos gedachten Zustande und den Preis einerseits und den Wert der fehlerhaften Sache und den verminderten Preis andererseits vergleichen, daß die Verhältnisse der beiden Zahlenpaare einander gleich sind. Wir erhalten als Verhältnis zwischen der fehlerhaften Leistung und der verminderten Gegenleistung nach der obigen Berechnung 40 : 36. Das Verhältnis der Leistungen im fehlerlos gedachten Zustande ist 50 : 45. Beide Verhältnisse sind gleich 10 : 9, sind also auch einander gleich.

Wenn wir nach dem Grunde dieser Uebereinstimmung suchen, so finden wir, daß dieselbe mit mathematischer Notwendigkeit bei jeder nach § 472 vorgenommenen Minderung eintreten muß. Wenn wir nämlich auf die nach § 472 aufgestellte Gleichung den mathematischen Satz: „Das Verhältnis der Außenglieder ist gleich dem Verhältnis der Innenglieder einer Gleichung anwenden, so erhalten wir das Verhältnis der Leistungen. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ist auch ohne mathematische Ausführungen in einfachen Fällen ohne weiteres verständlich. Wenn beide Leistungen je zur Hälfte durch den Fehler entwertet sind, so ist es doch klar, daß keiner eine Vergütung verlangen kann.[1]) Hier sieht man auch ohne rechnerische Ausführung, daß das Verhältnis der ganzen Leistungen dasselbe ist, wie das der halben.

Daraus entnehmen wir die Folgerung, daß jedesmal, wenn die Minderung gem. § 472 richtig ausgeführt ist, das Verhältnis der Leistungen nach ausgeführter Minderung *dasselbe* sein muß, wie dasjenige, welches bestanden hätte, wenn beide Leistungen fehlerlos gewesen wären.

Es könnte jedoch bei alledem seltsam erscheinen, wie wir dazu kommen, einen mathematischen Satz zur Erklärung des BGB. zu verwenden. Diese Erklärungsweise ist, trotzdem sie äußerlich weit herangezogen erscheint, innerlich voll berechtigt. Einmal verweist der § 472 selbst auf rechnerische Operationen. In der Literatur und Praxis herrscht vollständige Einigkeit darüber, daß man gem. § 472 BGB. eine Gleichung aufstellen müsse, deren Seiten aus je einem Verhältnis bestehen. Wir bleiben mithin durchaus in dem durch den § 472 vorgezeichneten Gebiete, wenn wir einen durch die Mathematik für diesen Fall anerkannten Satz zur Probe unserer Rechnung anwenden.

Wir sind dazu ferner berechtigt aus der Erwägung, daß die mathematischen Sätze nicht ihrer selbst willen bestehen, sondern in erster Linie dazu dienen sollen, uns im täglichen Verkehr zu unterstützen.

Wollen wir die Minderung auch auf andere Fälle richtig anwenden, so müssen wir in jedem Fall *das* Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung herstellen, welches bestanden hätte, wenn beide Leistungen fehlerlos gewesen wären. Das Verhältnis der Leistungen in unserem Beispiele wäre 50 : 45 oder 10 : 9 gewesen.

Untersuchen wir, welche von den drei oben angeführten Möglichkeiten zu diesem Resultat führt. Nach der I. Methode erhält

[1]) So auch Höniger, a. a. O. 80 und Wiener, a. a. O. S. 41.

der 1. 40 M
der 2. 35 + 2,11 M, die Leistungen verhalten sich wie 40 : 37,11.

Nach der II. Methode erhält
der 1. 40 M
der 2. 35 + 1,88 M, die Leistungen verhalten sich wie 40 : 36,88.

Nach der III. Methode erhält
der 1. 40 M und
der 2. 35 + 1. Die Leistungen verhalten sich wie 40 : 36 oder 10 : 9.

Also nur die dritte Methode erscheint hiernach richtig. Wir haben oben festgestellt, daß nach vollzogener Minderung zwischen Leistung und Gegenleistung das Verhältnis bestehen müsse, welches bestanden hätte, wenn beide Leistungen fehlerlos gewesen wären. Dies Resultat ist nicht allzuschwer zu erreichen. Man sucht diejenige Zahl, um welche die verhältnismäßig mehr verschlechterte Leistung zu erhöhen ist. Diese finden wir in der Gleichung: $50 : 45 = 40 : (35 = x)\ x = 1$.

Denselben Weg folgt die dritte Methode. Es ist nur statt der verminderten Gegenleistung und der Unbekannten, die Summe der beiden als unbekannt in die Gleichung gesetzt, also statt $35 + x$ nur x. Das Resultat ist natürlich dasselbe.

Wenn wir auch obige Methode als dem Gesetz entsprechend bezeichnen, verkennen wir nicht, daß der § 472 eigentlich das umgekehrte Ziel verfolgt. Wir berechnen den Betrag, den der Veräußerer der fehlerhaften Sache zahlen muß, während der § 472 die Verpflichtung des Minderungsberechtigten herabsetzt. Der Unterschied fällt jedoch fort, wenn die Leistung des Berechtigten nicht in natura gekürzt werden kann, denn auch dort muß man gemäß § 472 mit § 473 den Betrag berechnen, den der Gegner zahlen muß.

Damit glauben wir nachgewiesen zu haben, daß allein die dritte Methode dem Gesetz voll und ganz Rechnung trägt. Die Berechnung ist von allen drei Methoden die einfachste. Die einzige kleine Schwierigkeit besteht darin, die verhältnismäßig mehr entwertete Leistung ausfindig zu machen, was bei größeren Werten nicht ganz einfach ist. Unrichtig wäre es aber, wenn man irrtümlich für die weniger entwertete Leistung die Gleichung aufgestellt hat und als Resultat erhaltene n e g a t i v e Zahl von dem Gegner vergüten läßt. Da es sich hier um mathematische Verhältnisse handelt, so kann man keinesfalls die negative Größe des Zählers mit der positiven des Nenners vertauschen. Man muß dann eben mit richtiger Einsetzung der Unbekannten noch einmal rechnen.

Für den hier behandelten Fall findet Wiener im Gesetz keine Stütze. Trotzdem entscheidet er ganz richtig, daß bei gleichmäßiger Entwertung der beiden Leistungen (z. B. je zur Hälfte) keiner dem anderen etwas zu zahlen habe. Es ist sehr zu bedauern, daß er nicht versucht hat, einen Grund für diese Entscheidung zu geben. Vielleicht wäre er bei dem Fall verschiedener Entwertung der Leistungen nicht in solche Unklarheit verfallen. Zunächst behauptet er unrichtig, daß 60 000 zu 45 000 wie 50 000 zu 25 000 oder 2 zu 3 (!) eine Gleichung sei. Bei einer Gleichung müssen, wie schon der Name sagt, beide Seiten gleich sein. Die angeführte Zahlenreihe erfüllt dies Erfordernis nicht. Die eine Seite ergibt 4 zu 3, die andere Seite 2 zu 1.

Völlig unverständlich ist es aber, wie er aus dieser vermeintlichen Gleichung für den Fall, daß die eine Leistung infolge des Fehlers statt 60 000 nur 45 000 und die andere statt 50 000 nur 25 000 wert ist, folgern will, daß jede Leistung auf $^2/_3$ ermäßigt werden soll. Schon das Resultat, nämlich, daß der Veräußerer der Sache, die von 60 000 auf 45 000 entwertet wurde, noch zuzahlen müsse, hätte ihm die Unrichtigkeit seiner Berechnung zeigen müssen. Er selbst entscheidet vorher für den Fall, daß die Leistung von 60 000 auf 30 000 an Wert verliere, der Veräußerer dieser Leistung nichts zu zahlen hat. Die Unbilligkeit und Unkonsequenz dieser Berechnung liegt auf der Hand, so daß sich eine weitere Widerlegung erübrigt.

Zweifel hinsichtlich der Berechnung könnten aber entstehen, wenn nur ein Teil die Minderung verlangt, weil z. B. für den anderen die Frist zur Geltendmachung des Mangels verstrichen ist. Wir haben hier analog dem Fall, in dem beide die Minderung verlangen, wieder drei Möglichkeiten zu unterscheiden. In den beiden ersten berechnen wir die Minderung nur für den Berechtigten, und zwar einmal mit Einsetzung des Wertes, den die Leistung des Berechtigten in fehlerlos gedachtem Zustande hat und zum zweiten Mal den Wert, den sie wirklich hat.

Die dritte Möglichkeit ist die 3. Methode, die wir soeben behandelt haben.

Gegen die erste Methode spricht die Erwägung, daß der Berechtigte ja einen viel geringeren Wert leistet, als wir für seine Leistung in Anrechnung bringen, ohne daß noch eine nachherige Verrechnung den Fehler ausgleichen könnte.

Die zweite Möglichkeit scheint auf den ersten Blick ganz berechtigt. Nach dem oben gefundenen Grundsatze, welchen das BGB. im § 472

gebilligt hat, daß das durch den Vertrag bestimmte Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hergestellt werden soll, müssen wir auch hier die III. Methode anwenden. Dagegen könnte man aber einwenden, daß der Gegner dadurch ebenso gestellt werde, wie wenn er die Minderung erfolgreich durchgesetzt hätte. Diesen Erfolg können wir jedoch nicht als unbillig betrachten. Die Minderung soll, wie das RG. in 72, 299 betont, nur dazu dienen, eine ungerechtfertigte Bereicherung des anderen Teils zu verhindern. Sie kann also prinzipiell nicht weiter gehen, als der andere Teil bereichert ist. Und zwar ist nach § 472 BGB. der andere Teil insoweit bereichert, als das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Zeit des Vertragsabschlusses zu seinen Gunsten verändert ist. Deshalb allein wollen wir der 3. Methode vor der zweiten noch nicht den Vorzug geben. Wir wollen zunächst noch die Resultate betrachten, die die eine und die andere Methode liefern.

Ist nur (in dem eben behandelten Beispiel) der Empfänger der Leistung mw berechtigt zu mindern, so würde er nach der III. Methode nicht mindern können (resp. abzuweisen sein); nach der II. Methode würden wir für ihn die Gleichung aufzustellen haben:

$$50 : 40 = 35 : x$$

$$x = 28$$

Er bekommt danach 35 — 8 also noch 7 M von dem anderen. Wenn wir dies Resultat mit dem Fall vergleichen, daß die Leistung, daß seine Leistung fehlerlos wäre, so würde er nicht nur eine um 10 wertvollere Leistung (45 statt 35) machen, sondern er würde dann nur 9 von dem anderen verlangen können. Nach der 2. Methode hat also der Minderungsberechtigte unmittelbar dadurch, daß er eine fehlerhafte Sache geleistet hat, einen Vorteil erlangt. Während nämlich, wenn beide Leistungen fehlerlos gewesen wären, der Wertunterschied zwischen ihnen 5 wäre, ist er jetzt (40+ 7 gegen 35) 12, und statt des Verhältnisses $^{50}/_{45}$ haben wir $^{47}/_{35}$. Ein solches Ergebnis kann unserer Ansicht nicht gebilligt werden. Wir glauben auch hier dem Gesetze und der Billigkeit entsprechender zu verfahren, wenn wir die III. Methode anwenden.

Einen ähnlichen Fall hatte auch das RG. im 73. B. 153 abgedruckten Entscheidung zu erörtern. Aus dem Tatbestande der Entscheidung geht hervor, daß sowohl das vom Kläger wie das vom Beklagten hingegebene Grundstück fehlerhaft ist. Der Beklagte kann jetzt nicht mehr Minderung verlangen, weil er mit einer im Vorprozesse erhobenen

Widerklage auf Preisminderung rechtskräftig abgewiesen worden war. Das Berufungsgericht hatte unter anderen den Fehler begangen, daß es in die Gleichung für die Berechnung der Minderung den Annahmepreis der Leistungen der Parteien eingesetzt hatte, und zwar mit der Begründung, daß der Beklagte mit seinem Minderungsanspruche rechtskräftig abgewiesen sei. Das RG. rügt hier mit Recht, daß ein solcher Grund die Entscheidung nicht zu tragen vermöge. Es ist auch weiter richtig, daß dem Kaufpreis im Sinne der §§ 472, 473 der Annahmepreis der Tauschsache keineswegs gleich stehe. Die Entscheidung folgert aber daraus, für den vorliegenden Fall kaum mit Recht, daß dem Kaufpreis der objektive Wert der anderen die Gegenleistung bildenden Tauschsache entspreche. Das ist sicher richtig, soweit diese Sache keine Fehler hat, die zur Minderung berechtigen könnten. Hat die Sache aber solche Fehler, so ist es u. E. nicht richtig, ihren Wert im fehlerhaften Zustande dem Kaufpreise in der aufzustellenden Berechnung gleichzustellen. Kaufpreis kann keine hinter der im Vertrage bestimmten zurückstehende Leistung sein, sondern nur die im Vertrage ausbedungene. Als im Vertrage ausbedungen kann nur die fehlerfreie Sache gelten. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß *nicht* (wie das R.G entschieden) der Wert *der fehlerhaften*, sondern nur der *der fehlerlos gedachten* Sache als Kaufpreis in Betracht kommen kann. Durch diese Erwägung kommen wir auch zur Ablehnung der 2. Methode: da auch die 1. Methode zu einem unrichtigen Ergebnis führt, so bleibt als die einzig richtige die 3. Methode.

b) Bei Gegenleistungen, die vertretbare Sachen zum Gegenstande haben.

Wie die Minderung vorzunehmen ist, wenn die Gegenleistung aus vertretbaren Sachen besteht, wird vom Gesetz nicht bestimmt. Im § 473 sind, wie wir gesehen haben, nur die übrigen Leistungen geregelt. Mangels einer ausdrücklichen Regelung durch das Gesetz könnten zwei Möglichkeiten in Betracht kommen. Entweder wird ebenso gemindert, wie bei den anderen Leistungen, oder durch Verkürzung der vertretbaren Leistung in natura ebenso wie eine Geldleistung.

Der Mangel einer ausdrücklichen Regelung dieser Frage im Gesetz berechtigt noch nicht dazu, die vertretbaren Leistungen ebenso zu behandeln wie die unvertretbaren.[1]) Im Gegenteil, der Wortlaut des

[1]) Dies folgern an Kober-Staudinger, § 473 und früher Planck (1. Aufl.), § 473.

Gesetzes spricht dagegen, und auch ein sonstiger Grund läßt sich schlechterdings dafür nicht finden.[1]) Wenn der § 473 von der Unvertretbarkeit spricht, so scheint der Gesetzgeber damit von der Erwägung auszugehen, daß an unvertretbaren Leistungen eine Minderung in der gewöhnlichen Art des § 472 nicht vorgenommen werden könne. Auch wäre es unbillig, wie Kisch[2]) betont, eine solche Leistung zu kürzen, die der Empfänger nicht anderweitig ergänzen könne. Bei vertretbaren Sachen kommen diese Bedenken nicht in Frage. Es gibt jedoch in beiden Fällen Ausnahmen. Einmal können unvertretbare Sachen auch verkürzt werden, anderseits können auch vertretbare Leistungen nicht verkürzt werden, z. B. ein der Gattung nach bestimmtes Pferd. Diese letzten Fälle fallen formell nicht unter den § 473, sie sind dennoch nach diesem Paragraphen zu behandeln.

Wir kommen im Uebrigen zu dem Schluß, daß eine Gegenleistung soweit sie in vertretbaren Sachen besteht, verhältnismäßig gekürzt werden muß, ebenso wie eine Geldleistung.[3]) Damit entfallen für uns auch die Schwierigkeiten, die Kober (Staudinger) und Planck (1. Aufl.) in verschiedener Weise zu lesen versuchen.

Es ist also folgenderweise zu mindern: Besteht z. B. die Gegenleistung aus 1000 Zentner Weizen und weist die andere Leistung einen Fehler auf, der ihren Wert von 1200 auf 900 herabsetzt, so erhalten wir nach § 472 die Gleichung: $1200 : 900 = 1000 : x$; $x = 750$. Es sind also nur 750 Zentner zu liefern. Sind aber schon die 1000 Zentner geliefert, so muß der Empfänger derselben 250 Zentner, die er zu viel erhalten hat, zurückgeben.

Ist die Rückleistung in natura unmöglich, dann sind andere 250 Zentner zu leisten. Wie es nämlich beim Kauf nicht darauf ankommt, daß dieselben Geldstücke, die hingegeben wurden, zurückgegeben werden, so ist dies auch bei vertretbaren Sachen als gleichgiltig anzusehen[4].)

In dem Falle, wo auch die aus vertretbaren Sachen bestehende Gegenleistung fehlerhaft ist, entstehen bei einer doppelten Minderung dieselben Schwierigkeiten, wie bei einer unvertretbaren Gegenleistung. Insbesondere würde das nach § 472 gewollte Verhältnis durch doppelte Minderung umgestoßen werden. Wir sind deshalb auch hier gezwungen,

---

[1]) So jetzt Planck (III. Aufl.), § 473.

[2]) a. a. O. 177.

[3]) So auch Enneccerus, II, 608. Planck (III. Aufl.), § 473, N. 1. Oertmann, a. a. O. S. 458. Kisch, a. a. O. Dernburg, BR. § 187, 7. Neumann, § 473, 1. Goldmann-Lilienthal 505. Crone II, 1, 470.

[4]) Oertmann, a. a. O. 454.

den Wert der in vertretbaren Sachen bestehenden Gegenleistung in Geld zu veranschlagen und auf die oben für unvertretbare Gegenleistungen den Minderwert zu berechnen. Uebersteigt das gewonnene Resultat den Wert der fehlerhaften vertretbaren Sachen, so muß der Schuldner den Ueberschuß dem anderen Teil vergüten. Ist der berechnete Minderwert geringer, so kann der Schuldner soviel der vertretbaren Leistung zurückbehalten, als davon auf die Wertdifferenz entfällt.

Ein besonderer Fall, der nur bei vertretbaren Sachen vorkommen kann, ist der, daß die Gegenleistung ratenweise erfolgen soll. Hier erscheint es wohl billig, die Minderung auf alle Raten zu verteilen.[1])

4. Besonderheiten.

a) Tausch mit Geldzugabe.

Häufig wird beim Tausch eine Partei neben ihrer noch eine Barzahlung zu leisten haben. Als Wert der Leistung ist dann der Wert der Sache vermehrt um die Zahlung zu setzen.[2]) Soweit der Geldbetrag von dem Minderungsberechtigten schon gezahlt ist, gestaltet sich der Minderungsanspruch, wie wenn keine Barleistung geschuldet gewesen wäre. Hat der Berechtigte noch nicht gezahlt, so kommt § 473 Satz 2 zur Anwendung. Darnach erfolgt die Minderung nach der Berechnung des Minderwerts zuerst an der in Geld festgesetzten Nebenleistung. Uebersteigt der Minderungsbetrag diese, so ist dieser Ueberschuß wie gewöhnlich dem Berechtigten zu zahlen.

Vertretbare Sachen und Geld sind gesondert verhältnismäßig herabzusetzen.

b) Das Minderungsrecht beim Tausch als Einrede.

Wie wir oben erwähnt haben, hat der Minderungsberechtigte beim Kauf auch nach Verjährung seines Minderungsanspruches eine Einrede gegen die noch unerfüllte Kaufpreisforderung. (§ 478 BGB.) Daß diese Einrede auch vor Ablauf der Verjährung gegeben werden muß, geben auch die Vertreter der Vertragstheorie zu.[3])

[1]) Kober-Staudinger, § 473, 2c.
[2]) RG. 72, 301.
[3]) Planck, § 478 (S. 387).

Beim Tausch mit Geldzugabe ist es ganz zweifellos, daß auch hier diese Einrede besteht, denn der Gegenstand der Forderung bis zur Höhe der Geldzugabe ist derselbe. Wir müssen noch untersuchen, in wie weit eine solche Einrede bei den unvertretbaren Gegenleistungen besteht.

Die Einrede ist ein Recht, eine geschuldete Leistung vorübergehend oder dauernd zu verweigern. Beim Kauf ist die Einrede eine dauernde, denn ihr Fortfall ist weder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten, noch steht ihre Beseitigung in der Macht des Gläubigers.[1])

Beim Tausch kann man nur solange von einer Einrede sprechen, als der Minderungsberechtigte noch nicht vollständig erfüllt hat. Bei vertretbaren Sachen liegt der Fall gemäß dem oben ausgeführten ebenso wie beim Kauf. Der Berechtigte kann seine Leistung *insoweit* verweigern, als er mindern könnte. Diese Einrede steht ihm auch nach Verjährung seines Anspruches zu, soweit die Voraussetzungen des § 478 vorliegen. Eine unmittelbare Anwendung dieses Grundsatzes auf den Tausch unvertretbarer Leistungen ist nicht möglich. Während die vertretbare Leistung (wie Geld) nur teilweise verweigert werden darf, kann eine unvertretbare Leistung dem Sinne des Gesetzes entsprechend nicht in Wertteile geteilt und infolgedessen auch nicht teilweise verweigert werden. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß die Einrede des § 478 und die davon abgeleitete eine dauernde ist, während hier eventuell nur eine vorübergehende in Betracht kommen könnte. Man könnte jedoch von der weitergehenden auf die weniger weitgehende schließen, und es wäre nur noch das erste Bedenken zu beseitigen.

Die Berechtigung dieser Einrede läßt sich jedoch bequemer aus dem § 273 entnehmen. Dieser Paragraph gibt dem Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis eine fällige Gegenforderung gegen den Gläubiger hat, ein Leistungsverweigerungsrecht. Das Recht besteht nur bei Fälligkeit und Konnexität. Das Erfordernis der Fälligkeit bietet keine Schwierigkeit.

Die Konnexität liegt nach diesem Paragraphen dann vor, wenn die Gegenforderung aus demselben rechtlichen Verhältnis entspringt. Was man unter demselben rechtlichen Verhältnis zu verstehen hat, sagt das Gesetz nicht. Es ist nicht *dasselbe* Rechtsverhältnis erforderlich. Es genügt wohl, wie die Motive zum ersten Entwurf[2]) sagen,

[1]) Langheinecken, a. a. O. 272.
[2]) 2, 41.

ein gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang derart, daß die Geltendmachung des einen Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem anderen Teil zustehenden Gegenanspruch, als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde.[1])

Wir haben zwar oben festgestellt, daß der Minderungsanspruch kein Vertragsanspruch ist, er entspringt aus der vertraglichen oder gesetzlichen Garantiepflicht. Diese erzeugt aber keineswegs ein neues Rechtsverhältnis. Sie bildet vielmehr einen Teil der vielen rechtlichen Beziehungen, die aus Anlaß eines Vertrages entstehen können, die aber nicht zu den typischen Vertragsansprüchen gehören brauchen. Jedenfalls verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Veräußerer einer fehlerhaften Sache die ihm gebührende Leistung einfordert, ohne die Minderungsvergütung zahlen zu wollen.

Schon aus dieser Erwägung werden wir die Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses im Sinne des § 273 bejahen und dem Minderungsberechtigten ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkennen müssen. Dieses Recht macht er durch eine Einrede geltend.

Ob wir dem Berechtigten diese Einrede noch nach Verjährung des Anspruchs geben sollen, unterliegt einigem Bedenken. Im Allgemeinen ist nämlich anzunehmen, daß aus einem Anspruche, dem eine peremtorische Einrede (hier die der Verjährung) entgegensteht, auch keine Einrede entgegensteht, auch keine Einrede entnommen werden kann.[2]) Wenn wir jedoch den Zweck des § 478 berücksichtigen, so finden wir, daß die Vorschrift dieses Paragraphen auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden müsse. Falls also der Veräußerer den Fehler arglistig verschwiegen hat, oder der Empfänger noch vor Verjährung des Anspruchs den Mangel angezeigt hat oder eine der der Mangelanzeige gleichkommende Handlungen vorgenommen hat, so steht der entsprechenden Anwendung des § 478 beim Tausch allgemein kein Bedenken entgegen. Wir kommen deshalb zum Schluß, daß der Empfänger der mangelhaften Sache auch nach Verjährung des Anspruches auf Minderung unter den Voraussetzungen des § 478 berechtigt ist, die ihm obliegende Gegenleistung zu verweigern, bis ihm die Minderungsvergütung gewährt wird.

---

[1]) So auch RG. 14, 233 u. in JW. 07, 477. Kober-Staudinger, 273, II, 1b. Planck, 273, 1a. Oertmann, 273a, OLG. 2, 354.

[2]) Planck, I, S. 369.

Lebenslauf.

Am 2. November 1886 wurde ich, Edmund Płotkowiak, zu Posen geboren.

Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1898 ab besuchte ich das Königliche Mariengymnasium zu Posen, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Dann studierte ich 4 Semester in Berlin und 3 Semester in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Während dieser Zeit hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren: Bornhak, Brie, Dahn, Dierschke, Ebers, Engelmann, Fischer, Goldschmidt, Heilborn, Hellwig, Kahl, Kipp, Kohler, Klingmüller, von Liszt, Meyer, Neubecker, Schott, von Seeler, Martin Wolff.

Am 29. Mai 1911 bestand ich vor der Prüfungskommission des Königlichen Oberlandesgerichts Breslau die erste juristische Prüfung und am 20. Juli 1911 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau das examen rigororum.

Zur Zeit bin ich als Bankvolontär beschäftigt.

ein gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang derart, daß die Geltendmachung des einen Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem anderen Teil zustehenden Gegenanspruch, als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde.[1])

Wir haben zwar oben festgestellt, daß der Minderungsanspruch kein Vertragsanspruch ist, er entspringt aus der vertraglichen oder gesetzlichen Garantiepflicht. Diese erzeugt aber keineswegs ein neues Rechtsverhältnis. Sie bildet vielmehr einen Teil der vielen rechtlichen Beziehungen, die aus Anlaß eines Vertrages entstehen können, die aber nicht zu den typischen Vertragsansprüchen gehören brauchen. Jedenfalls verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Veräußerer einer fehlerhaften Sache die ihm gebührende Leistung einfordert, ohne die Minderungsvergütung zahlen zu wollen.

Schon aus dieser Erwägung werden wir die Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses im Sinne des § 273 bejahen und dem Minderungsberechtigten ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkennen müssen. Dieses Recht macht er durch eine Einrede geltend.

Ob wir dem Berechtigten diese Einrede noch nach Verjährung des Anspruchs geben sollen, unterliegt einigem Bedenken. Im Allgemeinen ist nämlich anzunehmen, daß aus einem Anspruche, dem eine peremtorische Einrede (hier die der Verjährung) entgegensteht, auch keine Einrede entgegensteht, auch keine Einrede entnommen werden kann.[2]) Wenn wir jedoch den Zweck des § 478 berücksichtigen, so finden wir, daß die Vorschrift dieses Paragraphen auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden müsse. Falls also der Veräußerer den Fehler arglistig verschwiegen hat, oder der Empfänger noch vor Verjährung des Anspruchs den Mangel angezeigt hat oder eine der der Mangelanzeige gleichkommende Handlungen vorgenommen hat, so steht der entsprechenden Anwendung des § 478 beim Tausch allgemein kein Bedenken entgegen. Wir kommen deshalb zum Schluß, daß der Empfänger der mangelhaften Sache auch nach Verjährung des Anspruches auf Minderung unter den Voraussetzungen des § 478 berechtigt ist, die ihm obliegende Gegenleistung zu verweigern, bis ihm die Minderungsvergütung gewährt wird.

---

[1]) So auch RG. 14, 233 u. in JW. 07, 477. Kober-Staudinger, 273, II, 1b. Planck, 273, 1a. Oertmann, 273a, OLG. 2, 354.

[2]) Planck, I, S. 369.

Lebenslauf.

Am 2. November 1886 wurde ich, Edmund Plotkowiak, zu Posen geboren.

Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1898 ab besuchte ich das Königliche Mariengymnasium zu Posen, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Dann studierte ich 4 Semester in Berlin und 3 Semester in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Während dieser Zeit hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren: Bornhak, Brie, Dahn, Dierschke, Ebers, Engelmann, Fischer, Goldschmidt, Heilborn, Hellwig, Kahl, Kipp, Kohler, Klingmüller, von Liszt, Meyer, Neubecker, Schott, von Seeler, Martin Wolff.

Am 29. Mai 1911 bestand ich vor der Prüfungskommission des Königlichen Oberlandesgerichts Breslau die erste juristische Prüfung und am 20. Juli 1911 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau das examen rigororum.

Zur Zeit bin ich als Bankvolontär beschäftigt.